

CLAUS ROXIN

Profesor en la Universidad de Munich

# TEORÍA DEL TIPO PENAL

*Tipos abiertos y elementos del  
deber jurídico*

*Traducción*

PROF. ENRIQUE BACIGALUPO

*Presentación*

GONZALO D. FERNÁNDEZ

*Segunda edición*

editorial  
**IB de f**  
Montevideo - Buenos Aires

2014

*Julio César Faira* - Editor

Título del original alemán: *Offene Tatbestände und echtspflichtmerkmale*  
Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1970.

I.S.B.N.: 978-9974-708-28-0

En Buenos Aires, República Argentina:

© Euros Editores S.R.L.

Av. Congreso 4744 (C1431AAP) - Tel./Fax: (005411) 4522-1483

e-mail: euroseditores@fibertel.com.ar

www.euroseditores.com

En Montevideo, República Oriental del Uruguay:

© B de F Ltda.

Buenos Aires 671 (CP 11000) - Tel./Fax: (00598) 2916-5238

e-mail: bdef@netgate.com.uy

www.editorialbdef.com

*Hecho el depósito que establece la ley. Derechos reservados.*

Impreso en España en el mes de abril de 2014 por:

*Elece Industria Gráfica, S.L.*

Pol. Industrial El Nogal, C/Rio Tietar, 24-26

28110 Algete (Madrid).

## ÍNDICE

PRESENTACIÓN, por Gonzalo D. Fernández.....	XIII
---	------

### PARTE PRIMERA

#### ESENCIA Y SIGNIFICADO DE LOS TIPOS ABIERTOS Y DE LOS ELEMENTOS DEL DEBER JURÍDICO

#### CAPÍTULO I

##### LA ESENCIA DE LOS TIPOS ABIERTOS Y DE LOS ELEMENTOS DEL DEBER JURÍDICO SEGÚN LAS CONCEPCIONES DE WELZEL Y ARMIN KAUFMANN

A) La teoría de Welzel.....	3
I. La relación fundamental del tipo con la antijuridicidad .....	3
II. Los tipos abiertos y los elementos del deber jurídico .....	6
1. Las reglas generales de la antijuridicidad .....	7
2. Los elementos especiales de la antijuridicidad .....	8
3. La falta de adecuación social.....	15
4. El deber jurídico en los delitos de omisión .....	16
5. El deber de cuidado objetivo en los delitos culposos .....	19
B) La teoría de Armin Kaufmann.....	20
I. Las “órdenes oficiales” .....	21
II. Los elementos de la autoría .....	23
C) Panorama bibliográfico.....	25

## VIII

## CLAUS ROXIN

## CAPÍTULO II

LA SIGNIFICACIÓN DE LOS TIPOS ABIERTOS  
Y DE LOS ELEMENTOS DEL DEBER JURÍDICO

A) Su significación práctica para la teoría del error y de la tentativa.....	31
I. Las reglas generales de la antijuridicidad .....	32
II. Los elementos especiales del deber jurídico .....	37
1. El ejercicio del cargo conforme a derecho.....	37
2. La validez jurídica de una ley o de una ordenanza ..	40
3. La competencia .....	41
4. Los elementos de la autoría .....	44
5. La falta de autorización .....	48
6. La falta de permiso de la autoridad o policía.....	49
7. El hecho previo en los casos de encubrimiento.....	50
8. La “obligatoriedad” y la “falta de autorización” en el derecho penal militar .....	51
III. La adecuación social.....	52
IV. El deber jurídico en los delitos de omisión .....	53
1. Los delitos impropios de omisión .....	53
2. Los delitos propios de omisión .....	57
V. La lesión del deber objetivo de cuidado en los delitos culposos.....	58
B) La significación dogmática de los tipos abiertos y de los elementos del deber jurídico.....	59
I. El desarrollo de la teoría del tipo .....	59
1. El tipo penal valorativamente neutro .....	60
2. El descubrimiento de los elementos normativos ...	63
3. El tipo penal como juicio de disvalor provisorio y la inclusión de elementos subjetivos .....	67
4. El tipo como juicio del disvalor incondicionado ....	70
II. La posición de Welzel en el desenvolvimiento de la teoría del tipo penal .....	73
1. El tipo objetivo.....	74
2. El tipo subjetivo .....	83
3. Resumen .....	85

## ÍNDICE

IX

## PARTE SEGUNDA

## CRÍTICA Y SOLUCIÓN

Crítica y solución.....	87
-------------------------	----

## CAPÍTULO I

## CRÍTICA CONCEPTUAL

A) Los tipos abiertos y los elementos del deber jurídico en la teoría de Welzel.....	89
I. La carencia de función indiciaria .....	90
II. El juicio de valor judicial positivo .....	91
III. Los elementos del deber jurídico sólo ponen de manifiesto el deber jurídico del autor. Tienen la función de describir el hecho, y por ello pueden, en la mayoría de los casos, eliminarse.....	95
1. ¿Sólo el deber jurídico del autor es puesto de manifiesto por los elementos del deber jurídico?....	95
2. ¿Pueden eliminarse los elementos del deber jurídico porque ellos no describen el hecho?.....	97
IV. Resumen .....	100
B) La teoría de los elementos del deber jurídico de Armin Kaufmann .....	101
I. Las “órdenes oficiales” .....	101
II. Los elementos de la autoría .....	108
a) La necesidad lógica de su tratamiento especial....	108
b) La necesidad ontológica del tratamiento específico....	112
c) La necesidad psicológica de un tratamiento especial.....	118
d) La necesidad dogmática de un tratamiento especial.....	120
e) Resumen .....	121
C) La verdadera naturaleza de los elementos del deber jurídico .....	122
I. Elementos normativos .....	122
II. Elementos normativos de carácter jurídico .....	123

## X

## CLAUS ROXIN

III. Elementos abarcadores de la antijuridicidad .....	124
1. Delimitación frente a los elementos normativos específicamente jurídicos .....	124
2. Caracterización provisoria.....	132
3. Casos exceptuados e incorporados .....	135
4. Resumen .....	140

## CAPÍTULO II

## CRÍTICA INTRASISTEMÁTICA

A) Contradicciones en el sistema.....	141
I. Tipos abiertos y concepto personal de lo injusto .....	141
II. Los tipos abiertos y el contenido valorativo del tipo penal.....	148
III. Los tipos abiertos y la materia de la prohibición...	154
IV. Los tipos abiertos y la concepción del tipo de Welzel.....	157
B) Correspondencias sistemáticas.....	160
I. Los tipos abiertos y la teoría de la culpabilidad .....	161
II. Los tipos abiertos y la tendencia al objetivismo .....	162
1. El objetivismo en la teoría del error .....	163
2. Las tendencias objetivistas en la teoría de lo injusto.....	165
III. Los tipos abiertos y las estructuras lógico-objetivas.....	166
IV. Los tipos abiertos y los elementos de la justificación .....	168

## CAPÍTULO III

## CRÍTICA DOGMÁTICA

A) Las funciones del tipo penal .....	173
I. La función de garantía del tipo .....	174
II. La función del tipo penal en referencia a la regulación del error .....	174
III. La función sistemática del tipo.....	176

## ÍNDICE

XI

B) La distinción de las especies de tipos.....	176
C) El tipo del error .....	181
I. Los límites del dolo respecto de la culpa .....	182
1. Las teorías en discusión .....	182
2. El tratamiento de los elementos del deber jurídico... ..	213
II. La significación de los elementos del deber jurídico con respecto a la teoría de la culpabilidad .....	253
1. La delimitación de la tentativa inidónea, el delito putativo y el delito consumado .....	253
2. Las consecuencias con respecto a los elementos del deber jurídico .....	261
D) El tipo sistemático.....	266
I. Introducción.....	266
II. Tipos abiertos como fundamento de la estructura del delito .....	267
1. ¿Se corresponden los tipos abiertos con las exigencias sistemáticas? .....	267
2. ¿Se corresponden los tipos abiertos con la esencia del tipo penal? .....	271
III. El tipo total como fundamento de la estructura del delito .....	277
1. Las ventajas del tipo total.....	277
2. Las objeciones contra el tipo total.....	285
3. Resultado.....	297
E) Final .....	299
 BIBLIOGRAFÍA .....	 301